RECUEILS DE LA SOCIÉTÉ JEAN BODIN
POUR L'HISTOIRE COMPARATIVE DES INSTITUTIONS

XXVIII

# LES SÛRETÉS PERSONNELLES

PREMIÈRE PARTIE

*SYNTHÈSE GÉNÉRALE*
*CIVILISATIONS ARCHAÏQUES, ANTIQUES, ISLAMIQUES ET ORIENTALES*

(EXTRAIT)

Publié avec le concours des Ministères de l'Éducation nationale
et de la
Fondation Universitaire de Belgique

ÉDITIONS DE LA LIBRAIRIE ENCYCLOPÉDIQUE
BRUXELLES
1974

# LA SOCIÉTÉ JEAN BODIN

---

*La SOCIÉTÉ JEAN BODIN POUR L'HISTOIRE COMPARATIVE DES INSTITUTIONS, fondée en 1935 par Alexandre ECK, François OLIVIER-MARTIN et Jacques PIRENNE, a pour but d'encourager les études scientifiques d'histoire des institutions selon la méthode comparative et de faciliter les travaux collectifs entrepris à leur sujet.*

*La Société organise périodiquement des journées de travail consacrées à des communications sur un thème fixé par l'assemblée générale. Ces communications sont publiées dans les Recueils de la Société.*



XII

# LE PROBLÈME DES ORIGINES DES SÛRETÉS PERSONNELLES DANS L'ISLAM

par

Muhammad Hamidullah

*Professeur à l'Université d'Istanbul*

## A. Sources antiques

En réunissant et classifiant les traditions en provenance du Prophète de l'Islam, le magistral *Sahîh* d'al-Bukhârî commence le chapitre des sûretés personnelles par cette édifiante anecdote :

*« D'après Abou-Horaira, l'Envoyé de Dieu a fait le récit suivant : Un homme des Banou-Israël (Israëlites) demanda à un de ses contribules de lui prêter mille dinars. Celui-ci dit à l'emprunteur : 'Amène-moi des témoins dont je requerrai le témoignage'. — 'Dieu suffit comme témoin', répondit l'emprunteur. — 'Alors donne-moi une caution', reprit le prêteur. — 'Dieu suffit comme caution', repliqua l'emprunteur. — 'Tu as raison', ajouta alors le prêteur qui lui remit la somme en fixant un terme pour le remboursement. L'emprunteur s'embarqua sur mer et alla à ses affaires; mais, quand après cela il chercha un navire pour le ramener à l'époque du terme fixé, il n'en trouva aucun. Alors il prit une poutre et y fit un trou dans lequel il introduisit mille dinars et une lettre qu'il adressait à son prêteur. Après avoir bouché cette cachette il emporta la poutre vers la mer et dit : 'O mon Dieu! Tu sais que j'ai emprunté mille dinars à un tel et que je lui avais dit quand il me demandait caution : Dieu suffira comme caution. Or il a accepté cette caution de même qu'il T'a accepté comme témoin quand il m'a demandé un témoin et que je lui ai répondu : Dieu suffit comme témoin. J'ai fait tous mes efforts pour trouver un navire au moyen duquel je lui enverrai son dû et je n'ai*

*pas pu en trouver un. Aussi je Te confie cet argent'. Cela fait, il jeta la poutre dans la mer, où elle s'enfonça, puis il rentra dans la ville chercher toujours un navire qui se rendait dans son pays.*

*« L'homme qui avait prêté les mille dinars, étant sorti sur le bord de la mer pour voir si quelque navire ne lui apportait pas son argent, aperçut cette poutre qui le contenait; il prit la poutre et l'apporta à sa femme comme bois à brûler. Quand il l'eut sciée, il trouva l'argent et la lettre. Plus tard l'emprunteur vint le trouver et lui apporta [de nouveau] les mille dinars en disant : 'Par Dieu, je n'ai cessé de faire tout mon possible pour trouver un navire et t'apporter ton argent, mais je n'ai pas réussi à en trouver un avant celui qui vient de m'amener'. — 'ne m'as-tu rien envoyé?' demanda le prêteur. — 'Je te répète, répliqua l'emprunteur, que je n'avais pas réussi à trouver un navire avant celui qui vient de m'amener'. 'Dieu, répondit le prêteur, m'a remboursé en ton lieu et place par ce que tu m'as envoyé dans la poutre; remporte donc tes mille dinars sans le moindre scrupule'* » [1].

Dans un passage très remarqué, le *Coran* (VI, 90) à son tour cite à titre d'exemple une vingtaine de prophètes de l'antiquité, y compris Abraham, Moïse et Jésus, puis donne ce commandement à Muhammad : « ...leur direction, suis-la ».

Mais nous n'avons pas l'ambition ici d'aller aussi loin dans notre recherche des origines du droit musulman des sûretés.

### B. Arrière-plan

Le droit musulman est fondé principalement, comme nous venons de le signaler, sur le *Coran* et le Hadîth (ou traditions concernant la parole et le comportement du Prophète). Mais ces sources reconnaissent elles-mêmes comme règles valables, toutes les pratiques arabes — surtout celles des régions intimement liées

[1] El-Bokhari, *Traditions islamiques*, trad. par O. Houdas et W. Marçais, t. 2ᵉ ch. 39, p. 75-76.



avec la vie du Prophète, comme La Mecque, Médine, Tâ'if — à moins qu'elles ne les modifient ou abrogent. Il convient donc de se rappeler d'abord quelles étaient, en Arabie, les pratiques pré-islamiques au sujet des sûretés personnelles.

On peut dire que ces Arabes avaient deux espèces de sûretés personnelles en faveur des créanciers : ou bien on faisait cautionner le paiement par le débiteur lui-même, ou bien on déchargeait le débiteur, le cautionneur endossant la responsabilité du paiement.

Une autre sûreté individuelle concernait les personnes et non plus les dettes. On raconte d'émouvantes anecdotes, où des condamnés à mort, ayant obtenu leur mise en liberté provisoire pour accomplir par exemple quelques devoirs familiaux, devaient ensuite revenir devant le bourreau dans le délai prévu. La pratique voulait alors que si le condamné ne revenait pas, le garant le payait de sa vie.

Les sûretés collectives sont plus rares; elles semblent avoir été un développement postérieur et concerner des sociétés plus évoluées. En effet, dans la population sédentarisée de Médine, on rencontre avant l'Islam une institution qui ressemble à nos assurances sociales, et qui visait deux questions : le prix du sang à payer par un meurtrier et la rançon pour racheter la libération d'un prisonnier de guerre [2]. Dans ces deux cas, la charge était répartie sur toute la tribu. Le prix du sang différait selon les régions [3], et la rançon selon l'individu et sa fortune, mais la charge était toujours onéreuse et souvent hors des possibilités individuelles. Tout au moins à Médine [4], c'est la caisse centrale de la tribu qui se portait au secours de ses membres dans leurs malheurs.

Les sûretés personnelles prenaient également la forme d'otages qu'on livrait aux victimes du tort. Par exemple, lors d'une certaine

[2] Pour plus amples détails, voir mon ouvrage *Le Prophète de l'Islam, sa vie et son œuvre* (2 vols, Paris, 1959), I, 133-134.

[3] Le même, I, 122 et 389 (pour différentes tribus juives), citant Muqâtil et Ibn Hanbal; de même citant Ibn Hichâm, p. 802-803, pour certaines tribus arabes.

[4] Le même, I, 378, citant la biographie du Prophète par ach-Cha'mî (MS.).

famine, les Mecquois [5] pillèrent une caravane de négociants abyssins, puis ils eurent peur des conséquences de leur acte. Ils livrèrent donc des otages au roi de l'Abyssinie, en gage de leur meilleur comportement à l'avenir, et demandèrent qu'on ne cesse pas l'envoi des caravanes. Le roi traita les otages avec générosité, et ceux-ci purent même mener longtemps, à partir de l'Abyssinie, des affaires commerciales profitables.

L'historien Balâdhurî [6] nous rapporte cet autre incident : Les pélerins de la tribu nord-arabique de Judhâm perdirent un jour un des leurs qui fut assassiné à La Mecque. Le premier Mecquois qui passa par leur campement fut arrêté, par manière de représailles. Bientôt 'Abd al-Muttalib (grand-père du Prophète), qui passait par là, apprit la nouvelle. Il fournit aux Judhâmites sa garantie personnelle qu'on leur enverrait de La Mecque 20 onces d'or, ou 10 chameaux, ou toute autre chose que les offensés voudraient comme prix du sang; et il leur remit symboliquement sa houppelande. 'Abd al-Muttalib ramena ainsi son innocent concitoyen chez lui, et envoya tout de suite la rançon promise.

Je peux peut-être me référer en passant également à l'institution de *khafâra* [7], où les escortes d'une tribu garantissaient la sauvegarde des individus ou des caravanes d'une autre tribu en transit sur un territoire quelconque, dans le continent désertique de l'Arabie.

Je signale enfin la très célèbre institution de *jiwâr* (ou asile ainsi que aman) selon laquelle toute protection accordée par quelqu'un à un individu en danger liait toute la tribu et même tous les alliés de ce protecteur. Exemples [8] : Quand le Prophète de l'Islam fut excommunié par son propre oncle et chef du clan, il s'expatria pour chercher asile chez les habitants de Tâîf, mais la tentative échoua si lamentablement qu'il préféra rentrer à la Mecque, mais

[5] Le même, I, 195, d'après Balâdhurî et Ibn 'Abd Rabbih.

[6] Cité là même, I, 34. A noter qu'à d'autres occasions, on remettaitd'aut res choses comme symbole de bonne foi.

[7] Cf. mon ouvrage *Muslim Conduct of State* (éd. Lahore), § 101, 110.

[8] Mon *Le Prophète de l'Islam*, I, 96-99.



là il dut d'abord chercher la protection de certain magnat en dehors de son propre clan. Quelque temps plus tard, lors d'un pèlerinage annuel, il s'adressa à une quinzaine de contingents de pèlerins étrangers, l'un après l'autre, pour leur demander : « Protégez-moi et suivez ma parole, et bientôt vous serez maîtres des empires des Persans et des Byzantins ». On sait que les Médinois l'acceptèrent et ils ne regrettèrent pas par la suite. Les exemples du *jiwâr* sont à l'infini.

C'est autour de ce noyau que se forma plus tard le droit musulman au sujet des sûretés personnelles.

### C. Aperçu historique du début de l'époque islamique

Le Prophète de l'Islam s'est attaqué non seulement aux croyances et à la religion de son peuple, mais aussi à la réforme de la vie juridique de ses disciples. Ses directives et la description de son comportement se trouvent mentionnées dans le *Coran* et le Hadîth. Ce sont là les deux sources formelles et fondamentales du droit musulman, mais ni le *Coran* ni le Hadîth ne sont consacrés uniquement aux questions juridiques, encore moins à un exposé systématique, chapitre par chapitre, de la loi islamique.

A ma connaissance, le *Coran* ne parle des sûretés personnelles qu'une seule fois, et de façon incidente, sans détail. En effet, citant l'histoire du patriarche Joseph, devenu ministre du roi de l'Égypte, le *Coran* dit qu'un jour où ses frères repartaient pour la Palestine après être venus faire des achats de denrées alimentaires, des policiers coururent, rattrapèrent la caravane et proclamèrent :

> « *Caravaniers! Vous êtes des voleurs vraiment! — Et eux, se retournant, dirent : Que cherchez-vous? Alors les* (*policiers*) : *Nous cherchons la grande coupe du roi. Une charge de chameau à qui l'apportera. J'en suis garant* » (Coran XII, 70-72).

Poursuivant le récit, le *Coran* raconte que la coupe fut découverte dans les bagages de Benjamin. Selon la loi, le voleur devenait l'esclave de la victime du vol. Mais quand Joseph voulut agir

conformément à cette loi, un des frères supplia qu'on prenne l'un d'eux à la place de Benjamin. Car ils avaient garanti à leur père le retour sain et sauf de son enfant chéri (Benjamin). Mais Joseph dit : « Que Dieu nous protège ! Comment pouvons-nous prendre quelqu'un d'autre que celui chez qui nous avons retrouvé nos biens ». Pour les juristes musulmans, cette brève allusion suffit pour affirmer que la législation islamique reconnaît les sûretés personnelles dans leurs diverses formes.

Toutefois dans la vie du Prophète, il y a un certain nombre d'incidents qui ont un rapport avec notre sujet, et il sera utile d'en parler ici.

« Le Prophète avait l'habitude de diriger lui-même l'office funèbre de ses compagnons morts. Or un jour que l'on conduisait un cortège, il demanda : Ce camarade est-il mort avec ou sans dette à payer ? Quand il apprit que le défunt était non seulement endetté mais qu'il n'avait même pas laissé suffisamment de biens pour satisfaire aux réclamations de ses créanciers, le Prophète s'adressa à son entourage et dit : Célébrez vous-mêmes l'office funèbre usuel avant l'enterrement ; et il ne voulut pas participer lui-même à ce dernier hommage. Un compagnon se leva et dit : Sa dette est à ma charge. (Il s'agissait de trois dinars d'or). Là-dessus, le Prophète se leva lui-même pour diriger l'office selon son habitude » [9]. Cet incident prévoit donc aussi la possibilité d'une sûreté *post eventum.* De l'avis de certains historiens du droit musulmans (comme Ibn Ruchd, *Bidâya*, 1952, II 294), il s'agit là du début de l'époque post-hégirienne, et que par la suite le Prophète décida d'instituer une étonnante espèce de sûreté quand il dit un jour : « si quelqu'un meurt laissant des biens, ceux-ci reviendront à ses proches parents (héritiérs), mais si quelqu'un meurt endetté et pauvre, c'est à moi (en tant que chef de l'État) qu'incombe la dette ». Je n'ai pas encore fait la recherche pour savoir pendant combien de temps les califes appliquaient cette règle, mais je fus témoin en

[9] **Bukhârî, *Sahih*, ch. 38, section 3.**



1939 en Arabie saoudite d'une loi semblable. Quand les bagages d'un pèlerin furent volés lors du séjour de la caravane dans une station, la police reçut la déclaration, attestée de deux témoins, quant à la signalisation et la valeur de la valise volée. Deux où trois semaines après, quand la recherche du coupable ne réussit pas, la police dédommagea la valeur de l'objet volée à ce pèlerin, une dame en effet.

A une autre occasion et alors qu'il y avait suspicion de crime contre un individu, le Prophète fit arrêter cet individu et demanda une sûreté personnelle avant de le relâcher jusqu'à l'audience judiciaire [10].

On prête aussi au Prophète la parole suivante : « Il faut rendre la chose obtenue en prêt ; il faut rendre la chose dont l'usufruit est prêté à titre provisoire ; il faut acquitter la dette ; *le garant est responsable du paiement* » [11].

On lui attribue également cette autre parole : « Si la dette est transférée, il faut poursuivre celui à qui elle est transférée » [12].

Lorsque les tribus chrétiennes de Najrân se rattachèrent à l'État islamique du temps du Prophète, on conclut un traité qui dit ceci :

> « *Au cas d'une guerre ou d'un crime dans le Yémen, les (Najrânites) auront à prêter (à mes envoyés) 30 cottes de mailles, 30 chevaux et 30 chameaux : ce qui aura péri de cottes de mailles, chevaux, montures et autres objets prêtés à mes envoyés, restera à la charge de mes envoyés jusqu'à sa restitution aux Najrânites* » [13].

Ce document montre la façon dont l'État cautionnait ses obligations.

La charte octroyée aux habitants de Jurach, dans le Yémen, lors de leur islamisation [14], leur reconnaît ceci :

[10] **Sarakhsî, *Mabsût*, XIX, 163.**
[11] **Le même, XX, 28.**
[12] **Le même, XIX, 161, Bukhârî, *op. cit.*, 38/1-2.**
[13] **Cf. mon *Le Prophète de l'Islam*, I, 416.**
[14] **Le même, I, 335.**

*« A eux restent acquis les domaines réservés qu'ils possédaient au moment de leur islamisation. Quiconque y fera pacager sans l'assentiment de leurs propriétaires verra ses biens transformés en biens morts. Quant à Zuhair ibn al-Hamâta, le fils qu'il avait dans la tribu des Khath'am, saisissez-le — (autre leçon : condamnez-le aux dommages) — car il était leur garant ».*

Voici un autre incident. Lorsqu'un chef de la tribu des 'Amir ibn Sa'sa'a du Najd demanda au Prophète des missionnaires pour expliquer l'Islam aux habitants de la région, ce dernier hésita, disant qu'il craignait pour leur sécurité. Alors le chef donna sa caution pour leur sécurité, et le Prophète envoya une mission de 70 membres. Ces missionnaires furent traîtreusement massacrés à Bi'r Ma'ûna [15].

En l'an 6 H., à al-Hudaibîya, eut lieu l'incident que voici : Le Prophète avait envoyé un ambassadeur pour négocier la paix avec les Mecquois, alors ses ennemis. L'ambassadeur fut arrêté et détenu. Plus tard une trêve fut quand même conclue. Alors le Prophète détint la délégation mecquoise jusqu'à ce que son propre ambassadeur fût rentré [16].

En l'an 2 H., quand le Prophète captura à Badr un certain nombre de prisonniers, il décida de les libérer contre paiement d'une rançon. Balâdhurî [17] rapporte que Mikraz ibn Hafs se rendit à Médine pour demander la libération de Suhail ibn 'Amr, et se présenta comme garant. On libéra alors Suhail et on garda Mikraz jusqu'à ce que Suhail eût envoyé de La Mecque sa rançon.

Quelques années plus tard, alors que ce Suhail ibn 'Amr et les autres habitants de La Mecque étaient déjà islamisés, la mort du Prophète eut pour conséquence quelques défections dans les tribus. Le calife Abû Bakr ne put pas rétablir l'ordre du jour au lendemain. Les habitants de La Mecque voulurent aussi faire défection. A ce moment, ce même Suhail harangua ses concitoyens en ces termes [18] :

15 Le même, I, 293-294.
16 Le même, I, 169.
17 *Ansâb al-achrâf* (éd. du Caire), I, 303.
18 Le même, I, 304.



*« Vous savez bien que parmi les Mecquois c'est moi qui ai le plus de chameaux dans les caravanes sur la terre, et le plus de bateaux sur la mer. Gardez votre gouverneur (muselman) et payez-lui vos impôts, cependant que je vous donne ma caution personnelle que si l'affaire ne se réalise pas (en faveur du gouvernement muselman), je vous rembourserai ces impôts ».*

Ces quelques citations de l'époque du Prophète montrent que, dès le commencement de l'Islam, il y avait une assez riche variété de sécurités personnelles. Cependant, comme la loi islamique n'était pas encore codifiée, il nous faut pousser encore un peu cette étude des précédents.

C'est à l'époque des compagnons du Prophète que se rattache le célèbre Churaih, nommé juge par le calife 'Umar. Le propre fils de ce juge s'était un jour porté garant d'un certain accusé. Ce dernier n'ayant pas comparu lors de l'audience suivante devant le tribunal, le juge donna ordre que le garant — son propre fils — fût gardé en prison. C'est seulement quand l'accusé fut retrouvé que le juge libéra le garant [19].

Sarakhsî [20] cite un cas où deux compagnons du Prophète, qui étaient en litige, avaient produit chacun un garant. La même source [21] cite encore le cas d'Ibn Mas'ûd, autre compagnon du Prophète, qui, comme commissaire de l'État, avait exigé une sécurité personnelle pour toute une tribu, afin de l'expulser de l'Iraq en Syrie.

Au temps du calife 'Umar [22], alors qu'on voulait transférer dans la capitale les fonds provenant des impôts des provinces, on eut maintes fois recours aux commerçants de la capitale. Ceux-ci payaient à la Trésorerie de la capitale, et dépensaient ces sommes en question pour faire leurs achats dans la province. La sûreté personnelle prenait donc ici la forme d'une banque.

19 Sarakhsî, *Mabsût*, XIX, 161, XX, 88.
20 Le même, XIX, 163.
21 Le même, XIX, 163, cf. Bukhârî, 39/1.
22 Mâlik, *Muwatta'*, ch. 32, section 1, nº 1 ; cf. aussi les annales de Tabarî, pour le califat de 'Umar.

L'échange d'otages comme garantie de l'exécution des traités internationaux fut connu d'assez bonne heure en Islam. Mu'âwiya, qui est un compagnon du Prophète, avait conclu, lors de son califat, un traité de paix avec Byzance. Les deux parties contractantes avaient échangé des otages comme garantie de leur bonne foi; et il fut précisé expressément que, si l'une des parties assassinait les otages qu'elle avait en sa main, l'autre partie aurait le droit de se venger sur les otages qui étaient en la sienne. Lorsqu'on apprit par la suite que les Byzantins avaient en effet mis à mort les otages musulmans, le calife consulta ses juristes, qui lui dirent : « C'est là une stipulation vicieuse et dont on ne doit pas tenir compte, car selon le *Coran* [23] les responsabilités criminelles sont toujours personnelles. Ici c'est l'empereur qui a tué les otages musulmans; les otages byzantins qui sont en nos mains ne sont donc pas coupables du meurtre et on ne peut pas faire de représailles contre leurs personnes. La condition était que, tant que nos otages ne seraient pas rentrés chez nous, nous ne laisserions pas partir les leurs. Puisqu'ils ne peuvent plus rentrer à cause de l'assassinat, on contraindra les otages byzantins à rester chez nous à titre de sujets non-musulmans, et à ne jamais rentrer chez eux ». Le calife accepta cet avis [24].

Pareil incident se répéta un siècle plus tard au temps du calife 'abbâside al-Mansûr, et pareille fut la réponse des juristes d'alors [25].

Après cet aperçu général et historique, nous allons voir comment les juristes élaborèrent leur système sur la base des précédents que nous venons de signaler.

### D. Les espèces de garantie

En général les codes civils musulmans de l'époque classique traitent notre sujet en deux chapitres distincts, *kafâla* et *hawâla*,

[23] *Coran*, VI, 165, XVII, 15, XXXV, 18, XXXIX, 7, LIII, 38.
[24] Abou-'Ubaid, *Kitâb al-amwâl*, § 445-446.
[25] Cf. mon *Muslim Conduct of State*, § 363, n. 5 (citant Sarakhsî, Mâwardî, etc.).



selon que la responsabilité du débiteur principal est maintenue ou transférée à un garant. En outre il y a la *mu'âqala*, sorte d'assurances sociales incombant automatiquement à tout un groupe de la société. A noter que les formes *kafâla* et *hawâla* ont lieu uniquement par voie contractuelle, chaque nouveau cas exigeant un nouveau contrat, au contraire de la *mu'âqala* qui reste en vigueur perpétuellement et n'exige pas d'être renouvelée pour chaque cas. Quelques détails s'imposent :

#### *Kafâla*

L'offre de la part du garant et l'acceptation de la part du créancier sont les éléments de base des sûretés personnelles. Les juristes sont formels sur un point [26], à savoir que, si l'offre de la part du garant a été faite sous la contrainte, elle n'a aucune valeur : rien n'incombe au garant. Dans des cas valables, s'il s'agit d'un contrat inconditionnel, les responsabilités du débiteur principal subsistent, à savoir que ni la date du paîement ne peut être modifiée, ni le montant de la dette, etc. Mais s'il s'agit d'un contrat conditionnel, il faut tenir compte des conditions acceptées librement par le créancier qui peut, par exemple, accorder un délai supplémentaire, ou toute autre modification du contrat originel.

On exige du garant qu'il soit majeur, sain d'esprit, libre de ses actes. Mais ces conditions ne sont pas exigées du débiteur qui bénéficie de la sûreté personnelle d'un garant; il peut donc être un mineur, un prisonnier, un absent qui n'a pas laissé de traces, un mort même. Le créancier bénéficiaire doit en outre être une personne déterminée et avoir été présent au moment où le contrat a été passé avec le garant. L'objet de la sûreté peut être une dette, une chose déterminée, ou même la performance d'un acte. Toutefois il faut distinguer cela de l'objet prêté et de l'objet confié en dépôt. La loi islamique n'admet pas qu'on use de représailles dans les cas où le bénéficiaire de la sûreté a été condamné à la peine de

[26] Sarakhsî, *Mabsût*, XX, 32.

mort, à la flagellation, etc. Contrairement à ce qui se faisait en Arabie à l'époque pré-islamique, le juge musulman ne peut jamais infliger ces peines au garant quand vient à disparaître le bénéficiaire de la caution [27].

La conséquence juridique de la sûreté personnelle varie selon les cas. Parlons d'abord de la caution qui se fait sans aucun transfert de la dette au garant. Dans ce cas, le créancier a la faculté, lors de l'échéance, de demander paiement soit au débiteur originel soit au garant. Si le garant paie, celui-ci obtient le droit de recouvrer cette dette sur le compte du débiteur originel, pourvu qu'il ait offert sa caution dès l'origine sur la demande du débiteur ; sinon sa caution n'est que de pure charité [28]. Si la sûreté engage plus d'une personne, la charge sera divisée entre tous les garants, à égalité ou selon les proportions prévues expressément par le contrat de sûreté [29]. Il s'agit évidemment du cas où l'objet de cette caution est divisible, de l'argent par exemple. Mais s'il s'agit de présenter un homme devant le tribunal, « on mettra le garant en prison jusqu'à ce que l'homme comparaisse ou qu'il y ait impossibilité de faire venir l'objet de la garantie, par la mort etc. » [30]. Si la sûreté vise quelque chose de déterminé et si cette chose est détruite, le garant a la faculté de payer sa valeur, ou de la remplacer par quelque chose de semblable [31]. On admet aussi la sûreté prise sur une sûreté [32].

La sûreté prend fin de diverses façons : 1) Par le paiement de la dette, soit par le débiteur, soit par le garant. 2) Par le renoncement de la part du créancier en faveur du débiteur, à titre de don, de charité, etc. Mais le renoncement en faveur du garant annule le contrat de sûreté, sans pour autant annuler la dette principale. 3) Par l'impossibilité occassionnée, par exemple, par la mort de la personne dont la présentation devant le tribunal était l'objet de

[27] Kâsânî, *al-Badâi' wa as-sanâi'*, VI, 2-19.
[28] Sarakhsî, *Mabsût*, XIX, 178.
[29] Le même, XIX, 183.
[30] Le même, XIX, 164, XIX, 163.
[31] Kâsânî, *op. cit.*, VI, 10.
[32] Sarakhsî, XIX, 165 et 169, XX, 34-35.



la garantie, (en cas de force majeure, en somme). 4) Si le débiteur succède aux droits du créancier, par héritage etc. [33].

La conséquence de l'exécution du contrat de sûreté est que le garant peut recouvrer sur le débiteur, dans le cas d'une dette, la somme garantie, qui peut ne pas être identique à ce qu'il a effectivement payé [34].

Dans le cas où il y a plusieurs garants, si, lors de l'échéance, un seul d'entre eux paie, il a le droit de demander leurs quotes-parts aux autres co-garants, en attendant le paiement par le principal débiteur bénéficiaire de la sûreté [35].

Il n'est pas nécessaire que le contrat de sûreté fasse mention d'une date limite : on peut très bien dire : « Si le débiteur meurt sans payer sa dette, je suis garant » [36].

Si quelqu'un avoue être une sûreté personnelle pour la dette de quelqu'un d'autre, et que le débiteur nie le fait, le créancier bénéficiaire de l'aveu pourra quand même recouvrer la somme sur le garant qui a avoué [37].

Si le créancier demande l'incarcération du garant pour défaut de paîement, celui-ci demandera que ce soit le débiteur qui soit mis sous les verrous [38].

La loi islamique admet qu'il n'y ait pas de différence entre le Musulman et le non-Musulman, entre le citoyen et l'étranger, en ce qui concerne les droits et les obligations de la sûreté : un belligérant venu sous sauf-conduit est parfaitement habilité à causer l'emprisonnement d'un Musulman citoyen du pays [39].

Si quelqu'un doit subir le talion pour avoir causé une blessure à quelqu'un d'autre, ou la peine capitale, ou la peine de la flagellation

[33] Kâsânî, VI, 11.
[34] Le même, VI, 15.
[35] Sarakhsî, IX, 183.
[36] Le même, XX, 28.
[37] Le même, XX, 85.
[38] Le même, XX, 89.
[39] Le même, XX, 24 et 91.

prévue pour avoir insulté la chasteté d'une femme (*qadhaf*), et si le condamné s'enfuit, le garant de sa présence ne subira pas les mêmes peines. De même que le dépositaire n'est pas tenu pour responsable de la perte du dépôt survenue hors de sa volonté, de même le garant du dépositaire ne sera pas non plus tenu pour responsable des dépôts ainsi perdus [40].

Les juristes n'admettent pas les cautions formulées en des termes trop généraux. Ainsi la promesse « Si quelqu'un usurpe tes biens, je suis responsable » n'est pas valide. Il faut, pour qu'une promesse soit valide, dire quelque chose de plus précis, comme : « Si un tel usurpe tes biens... », ou : « si telle peuplade usurpe tes biens, je suis responsable » [41].

Si quelqu'un donne sa caution, disons, par trois écrits différents : l'un pour une dette, l'autre pour une sûreté personnelle en faveur d'un tiers, et le troisième de même en faveur d'une quatrième personne, et qu'il paie une certaine somme en précisant qu'il s'agit de tel de ses écrits, cette précision est valable. Mais s'il n'y a pas de précision de sa part et s'il y a contestation entre lui et le créancier, c'est sa précision à lui, *post eventum*, qui prévaudra. Mais si après ce paiement imprécis il meurt et qu'il y ait contestation entre le créancier et les héritiers du payeur, le païement sera proportionnellement réparti entre les bénéficiaires des trois écrits susmentionnés [42].

Une curiosité. On sait que les boissons alcoolisées sont interdites en Islam. Juridiquement elles ne possèdent donc aucune valeur appréciable. Supposons que deux sujets non-musulmans de l'État islamique concluent entre eux un marché de vin et qu'un troisième non-Musulman se porte garant. Le marché et la caution sont évidemment valides. Mais supposons que par la suite le garant embrasse l'Islam, la sûreté seule sera annulée tandis que la responsabilité du débiteur subsistera. Et si c'est le créancier qui embrasse

[40] Le même, XX, 102.
[41] Le même, XX, 103.
[42] Le même, XX, 81.



l'Islam, la dette sera effacée, et du même coup la sûreté aussi. Par contre si c'est le débiteur qui embrasse l'Islam, la majorité des juristes affirment que la responsabilité continuera. Tout cela, à condition que le marché ait été valide d'origine. Au contraire, si le marché a été conclu avec un Musulman, le créancier ne pourra pas recouvrer sa dette dans la juridiction d'un tribunal musulman [43].

### *Hawâla*

En ce qui concerne la *hawâla*, où le garant tranfère sur lui-même la dette, par voie contractuelle, elle se distingue de la sûreté personelle ordinaire (*kafâla*) par le fait qu'ici le créancier n'a plus le droit de poursuivre le débiteur originel. Il faut noter que si le garant qui a transféré la dette sur lui-même devient insolvable — s'il meurt sans laisser d'argent, ou s'il nie avoir accepté la charge et que le créancier n'ait pas de preuve contre lui — la charge revient au débiteur bénéficiaire du transfert [44]. La charge peut être tranférée d'un garant à un autre, par un deuxième contrat de *hawâla* [45]. Les transferts peuvent valablement être soumis à des conditions [46].

Comme la sûreté ordinaire, la sûreté de transfert [47] ne se fait aussi que par voie de contrat, et il faut que les trois parties en cause y consentent : le débiteur, le créancier et le garant qui transfère sur lui-même la charge. Il faut aussi que le débiteur soit majeur et sain d'esprit; de même le garant. Cela n'est pas exigé du créancier. Il est à noter qu'un transfert de ce genre ne peut viser qu'une dette, et non pas une chose particulière et déterminée. On admet la possibilité de payer une dette au moyen d'une autre dette. Ainsi dans le cas où le créancier doit quelque chose au

[43] Le même, XIX, 24.
[44] Le même, XX, 46, 52, 70.
[45] Le même, XX, 53.
[46] Le même, XX, 53.
[47] KÂSÂNÎ, VI, 15.

garant, ce dernier pourra régler sa caution au moyen de la créance qu'il a auprès du bénéficiaire de sa caution, pourvu évidemment que le montant de la somme et l'échéance le permettent. Il est également possible que le garant soit endetté envers le débiteur bénéficiaire de sa caution, mais que l'on convienne de ne pas confondre les deux contrats. Les conséquences du paiement par le garant sont que ce dernier a le droit de recouvrer sur le débiteur originel la somme en question. En outre, le garant ne peut recouvrer que la dette qui a été transférée à sa charge, et non pas ce qu'il a effectivement payé au créancier d'origine.

*Mu'âqala*

Reste la *Mu'âqala*. Nous avons mentionné plus haut que déjà à l'époque du Prophete on pratiquait une sorte d'assurances sociales surtout pour deux catégories de charges, à savoir : le prix du sang, et la rançon du prisonnier de guerre [48]. Dans ce but toute la population de l'État islamique avait été répartie selon une structure pyramidale : d'abord les clan, puis les tribus, et ensuite le gouvernement central, de sorte que si les moyens financiers du clan ne suffisaient pas, celui-ci bénéficiait de l'aide du trésor de la tribu, les tribus apparentées s'entr'aidant; et, en dernier lieu, le gouvernement venait au secours. Avant l'Islam cette structure était inorganique, et chaque groupement dépendait de ses propres ressources. Une deuxième innovation du Prophète fut de créer des unités de population avec des gens qui n'avaient entre eux aucune parenté. Ainsi des Réfugiés hétérogènes Arabes et non-Arabes se virent consignés en une nouvelle « tribu » dite des Immigrés, *Muhājirûn.* Cela date du début de l'ère de l'Hégire (622 de l'ère chrétienne).

Queslques années plus tard, lors du califat de 'Umar, on créa des compagnies d'assurances sociales obligatoires entre les membres

[48] Cf aussi mon article « Islamic Insurance », dans *Islamic Review*, Woking, mars-avril 1951, pp. 45-46.



d'un même corps d'armée ou entre les fonctionnaires, par administration [49].

Plus tard encore, les juristes connurent des regroupements semblables, par métiers et par professions, dans les villes, par syndicats, si on veut [50]. C'est une question secondaire que de savoir si l'on contribuait au moyen d'une redevance, ou si l'on payait et cotisait régulièrement à la trésorerie de la compagnie. Certains groupements de la population de Médine, tout au moins avant l'Islam, avaient créé un trésor, en prévision des besoins éventuels [51]. Il est à noter que les charges du prix du sang sont en principe individuelles et incombent au coupable; de même le prisonnier doit se charger de racheter sa propre libération. Mais des charges de ce genre sont trop onéreuses pour que l'individu visé puisse s'en acquitter. Par exemple le Prophète demanda en l'an 2 H. aux prisonniers de la guerre de Badr de payer chacun 4000 dirhams, tandis qu'en 8 H. le gouverneur de la Mecque nommé par le Prophète ne touchait que 30 dirhams par mois comme son salaire [52]. (Même le gouverneur d'une province se trouverait dans l'incapacité de se rançonner !) La *mu'âqala* voulait que tous les membres du groupement, de ces compagnies d'assurances, aient à partager entre eux la charge incombant à leur camarade.

Telle est, rapidement esquissée, l'évolution du droit de la sûreté personnelle dans les premiers temps de l'Islam.

## BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

Tous les manuels du Fiqh et tous les codes classifiés du Hadith (ou paroles du Prophète) comportent les chapitres sur les sûretés personnelles. Plusieurs d'entre

[49] AL-MARGHÎNÂNÎ, *Hidâya*, ch. Ma'âqil.
[50] *Ibid.*
[51] ACH-CHA'IMÎ, *Sîra*, ch. guerre avec les Banu an-Nadîr, (MS).
[52] HAMIDULLAH, *Le Prophète de l'Islam*, in loco.

eux ont été traduits en langues européennes. Je me contente de signaler ici quelques-uns seulement des ouvrages traduits en français :

L.W.C. VAN DEN BERG, *Manuel de jurisprudence musulmane* (trad. de Nawawî, *Minhâj at-tâlibîn*), 3 vols., Batavia 1882-4.

FAGNAN, *Risâla* d'Ibn Abou Zaid, Alger, 1914.

Henri LAOUST, *'Umda* d'Ibn Qudâma, Beyrouth, 1950.

BOUSQUET, *Mukhtasar* de Khalîl, Alger, 1956 et suiv.

BERCHER, *Tuhfa* d'Ibn 'Asim, Alger, 1958.

Voir aussi les ouvrages cités dans les renvois.

## RECUEILS DE LA SOCIÉTÉ JEAN BODIN
(suite)

---

Tome XX. *La monocratie* (première partie) (1970).

Tome XXI. *La monocratie* (deuxième partie) (1969).

Tome XXII. *Gouvernés et Gouvernants* (synthèse générale, civilisations archaïques, islamiques et orientales) (1969).

Tome XXIII. *Gouvernés et Gouvernants* (antiquité et haut moyen âge) (1968).

Tome XXIV. *Gouvernés et Gouvernants* (bas moyen âge et temps modernes) (I) (1966).

Tome XXV. *Gouvernés et Gouvernants* (bas moyen âge et temps modernes) (II) (1965).

Tome XXVI. *Gouvernés et Gouvernants* (période contemporaine) (I) (1965).

Tome XXVII. *Gouvernés et Gouvernants* (période contemporaine) (II) (1966).

Tome XXVIII. *Les sûretés personnelles* (civilisations archaïques, antiques et orientales) (1974).

Tome XXIX. *Les sûretés personnelles* (moyen âge et temps modernes) (1971).

Tome XXX. *Les sûretés personnelles* (période contemporaine) (1969).

Tome XXXI. *Les grands Empires* (1973).

Tome XXXII. *Les grandes Escales* (antiquité et moyen âge) (sous presse).

Tome XXXIII. *Les grandes Escales* (temps modernes) (1972).

Tome XXXIV. *Les grandes Escales* (période contemporaine) (en préparation).

Tomes XXXV à XXXVIII. *L'enfant* (en préparation).